

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 126

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS  
und Professor Dr. Michael R. WILL

Professor Dr. iur. Carl BAUDENBACHER

Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht  
an der Hochschule St. Gallen,  
Lehrbeauftragter für Zivilrecht  
an der Universität Kaiserslautern

## **DAS NEUE SCHWEIZERISCHE UWG IN DER EUROPÄISCHEN RECHTSENTWICKLUNG**

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes

Saarbrücken, 9. Dezember 1987

1988 © Europa-Institut der  
Universität des Saarlandes

Nicht im Buchhandel erhältlich

Abgabe gegen eine Schutzgebühr  
von 10,-- DM

## **Inhaltsverzeichnis**

### **I. Einleitung**

### **II. Zweckartikel und Generalklausel**

1. Überblick
2. Der funktionale Bezug im besonderen
  - a. Vorbemerkungen
  - b. Gewährleistung lauterer und unverfälschten Wettbewerbs
3. Folgerungen

### **III. Verbotstatbestände**

1. Vorbemerkungen
2. Vergleichende Werbung
3. Verkauf unter Einstandspreis
  - a. Ausgangslage
  - b. Regierungsentwurf
  - c. Parlamentarische Behandlung
  - d. Kritik
4. Besonders aggressive Verkaufsmethoden
5. Verschleierung
6. Verleitung zum Vertragsbruch
7. Verwertung fremder Leistung

### 8. Verwendung mißbräuchlicher AGB

- a. Ausgangslage
- b. Parlamentarische Behandlung
- c. Kritik

## IV. Anspruchsordnung

- 1. Vorbemerkungen
- 2. Klagerecht des verletzten Marktteilnehmers
- 3. Kundenklage
- 4. Verbandsklagen

## V. Ausverkaufsrecht

## VI. Schluß

### Abkürzungen

ABl	Amtsblatt der EG
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976 (Deutschland)
Amtl. Sten. Bull. NR	Amtliches Stenographisches Bulletin des Nationalrats
Amtl. Sten. Bull. StR	Amtliches Stenographisches Bulletin des Ständerats
AO	Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 16. April 1947
Auf1.	Auflage
aUWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
BB1.	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof (Deutsch-

	land)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
EG	Europäische Gemeinschaft
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Juli 1957 (Deutschland)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987
J.C.P	Juris Classeur Périodique (Frankreich)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
lit.	litera
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

### Vorwort<sup>1)</sup>

Die nationalen Lauterkeitsgesetze der europäischen Staaten haben sich in den letzten 25 Jahren nicht aufeinander zu-, sondern weit auseinanderentwickelt. Friedrich-Karl Beier hat diesen Zustand für die EG wie folgt umschrieben: "Anstelle napoleonischer Chausseen, gutasphaltierter Bundesstraßen und erster Autobahnteilstücke .... ist das heutige Wettbewerbsrecht der EG-Länder einem amorphen Wege- und Straßengeflecht vergleichbar, mit Schotterwegen, Asphaltstraßen und Betonbahnen, ein-, zwei- oder dreispurig, mit oder ohne kartellrechtliche Leitplanken, mit mittelständischen Parkbuchten, mehr oder weniger Schutzvorkehrungen für den privaten Straßenbenutzer, den Verbraucher und einer Vielzahl von Verkehrsverboten für den gewerblichen Güterverkehr, ein Experimentierfeld für Reformideen, die nicht zu Ende gedacht werden oder auf halbem Wege steckenbleiben, ein Tummelplatz der Interessen und Kompetenzen, all das unkoordiniert, einer klaren Konzep-

1) Meinem Assistenten, Herrn cand. jur. Nico Spiegel, bin ich für wertvolle Hilfe bei der Zusammenstellung des Materials zu herzlichem Dank verpflichtet.



tion entbehrend, unharmonisch."<sup>2)</sup> Von daher ist eine allgemeine Antwort auf die Frage nach dem europäischen Stellenwert des neuen Schweizer UWG vom 19. Dezember 1986 nur schwer zu finden. Sinnvoll ist einzig, bei konkreten Einzelfragen auf neuere Entwicklungen in anderen europäischen Ländern hinzuweisen und auf dieser Grundlage zu rechtsvergleichenden Erkenntnissen zu gelangen.

2) Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Wettbewerbsrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GRUR Int. 1984, 61, 69.

## I. Einleitung

Die Lektüre neuerer schweizerischer Erlasse auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts ist in der Regel ein wenig aufregendes Unterfangen. Kühne Entwürfe werden, soweit es sie überhaupt gibt, spätestens nach dem Vernehmlassungsverfahren - das ist das Verfahren, in welchem die interessierten Kreise und damit insbesondere die Verbände Gelegenheit zur Stellungnahme haben - oder im Parlament erbarmungslos zusammengestrichen. Das Ziel der professionellen Bremser heißt dabei in der Regel nicht absolute Gesetzesverhinderung. Weitaus beliebter ist die Taktik, ein neues Gesetz zwar zu verabschieden, ihm aber, wie Jean-Nicolas Druey unlängst treffend ausgeführt hat, die Flügel zu stutzen, die Zähne zu ziehen oder die Potenz zu brechen. Da dem Tier der Gnadenstoß versagt bleibt, bevölkern die "lahmen Enten", "zahnlosen Löwen" und "impotenten Wesen" doch die Rechtslandschaft<sup>3)</sup>.

3) SAG 1987, 109.

## II. Zweckartikel und Generalklausel

### 1. Überblick

Das UWG vom 19. Dezember 1986 beginnt demgegenüber mit einem Paukenschlag. Art. 1 enthält neu einen Zweckartikel folgenden Wortlauts: "Dieses Gesetz bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten." Die in Art. 2 verselbständigte Generalklausel bezeichnet sodann als unlauter und widerrechtlich "jedes täuschende oder in anderer Weise gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflußt".

Zweckartikel und Generalklauseln umschreiben nach Meinung der Gesetzesverfasser das Schutzobjekt des UWG neu: Geschützt sollen nunmehr neben der Geschäftsmoral im klassischen Sinn auch Bestand und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs sein. Die Botschaft des Bundesrates hält dazu fest: "Die Scheidung des lauterer vom unlauteren Wettbewerb muß sich ... - außer auf geschäftsmoralische Kriterien - auf die Ergebnisse stützen, die von einem System funktionierenden Wettbewerbs erwartet

werden können."<sup>4)</sup> Die Nennung aller Beteiligten in der Generalklausel soll die Rolle der Konsumenten hervorheben. Mit der Ersetzung des Tatbestandsmerkmals "Mittel" durch die Ausdrücke "Verhalten" und "Geschäftsgebaren" wird zum einen der Kreis der möglichen Verletzer weit gezogen. Die alte Streitfrage, ob die Anwendung des UWG ein Wettbewerbsverhältnis voraussetze, ist, wie in allen Lauterkeitsgesetzen, welche sich als Markengesetze verstehen, verneint<sup>5)</sup>. Zu verweisen ist etwa auf das belgische Gesetz über die Handelspraktiken von 1971 in der Fassung von 1978<sup>6)</sup>. Zum anderen muß daran erinnert werden, daß ein Teil der Lehre das Merkmal "Mittel" in der Generalklausel des alten UWG als Gegensatz zu den Folgen von Wettbewerbshandlungen auffaßte und daraus eine angebliche wirtschaftspolitische Neutralität des Lauterkeitsschutzes ableiten wollte. Auch damit hat es nun ein Ende. Diese Neuorientierung hat ihren Niederschlag auch im

4) Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Entwurf vom 18.5.1983, 31.

5) Vgl. Botschaft (Anm. 4), 52.

6) GRUR Int. 1972, 202 ff.; vgl. dazu Gerhard Schrickler, Das belgische Gesetz über die Handelspraktiken, GRUR Int. 1972, 184, 188; Frauke Henning-Bodewig, Die Reform des belgischen Gesetzes über die Handelspraktiken von 1978. GRUR Int. 1979, 461 ff.

IPR-Gesetz gefunden: Nach dessen Art. 136 Abs. 1 unterliegen Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb grundsätzlich dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkungen entfaltet.

## **2. Der funktionale Bezug im besonderen**

### **a. Vorbemerkungen**

Das neue UWG knüpft in Art. 1 und 2 an die im neueren wirtschaftsrechtlichen Schrifttum zunehmend vertretenen Lehre von der funktionalen Analyse an<sup>7)</sup>. Unter Funktion ist dabei der Beitrag

7) Vgl. dazu allgemein Walter R. Schluep, Was ist Wirtschaftsrecht?, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 25, 66 ff.; ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 82, 95 f.; Carl Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978, 134 ff.; Christian J. Meier, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 1982 I, 267, 304 ff.; grundlegend Robert K. Merton, Funktionale Analyse, in: Moderne amerikanische Soziologie, hrsg. von Heinz Hartmann, 2. Aufl., Stuttgart 1973, 171 ff., 193 ff.; Helmut Schelsky, Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, in: Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, Bielefeld 1970, 39, 43, 56; zur Fruktifizierung des funktionalen Denkens im UWG im besonderen Schluep, Vom lauterem zum freien Wettbewerb, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 62, 79 ff.; ders., Über den Begriff der Wettbewerbsverfä-

einer Norm zum Vollzug eines übergeordneten Systems zu verstehen. Genauer gesagt werden als Funktionen diejenigen Folgen der Norm bezeichnet, welche die Kontinuität des Systems fördern. Dysfunktionen sind hingegen Entwicklungen, die den Fortbestand des Systems mindern<sup>8)</sup>.

Wenn man die Botschaft des Bundesrates liest, so könnte man glauben, der funktionale Bezug des UWG sei eine Errungenschaft der neuesten Zeit<sup>9)</sup>. Das trifft natürlich nicht zu. Jede wirtschaftsrechtliche Norm hat zu jeder Zeit neben dem Nahzweck des Interessenschutzes auch den Fernzweck der Systemförderung und Systemerhaltung angestrebt. Konkret: Auch eine Ordnung, welche auf jede staatliche Intervention in das freie Spiel der

schung, Festgabe für Kummer, Bern 1980, 487, 519 ff.; Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 1980, 145 ff.; ders., Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, GRUR 1981, 19, 21 f.; ders., Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, ZBJV 1983, 161, 173 ff.; Jürg Purtschert, Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeits- oder Unternehmensleistung, Diss. Freiburg/Schweiz 1974, 195 ff.; Ernst A. Kramer, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wirtschaftsrechts, ZSR 1979 I 61 f.

8) Dazu Merton (Anm. 7), 193 ff.

9) Vgl. etwa Botschaft (Anm. 4), 29 ff., 34 f.

Kräfte verzichtet, verfolgt Gemeinwohlziele<sup>10)</sup>. Das eigentlich Neue am UWG von 1986 ist vielmehr der Anspruch, einen an den modernen wirtschaftlichen und sozialen Realitäten orientierten und dabei auf Durchsetzung einer Wettbewerbsordnung zielenden Lauterkeitsschutz zu gewährleisten. Das bedeutet, daß wirtschaftliche Macht grundsätzlich zu einem Thema des Lauterkeitsrechts wird. Aber selbst diese geltungszeitlich-funktionale Ausrichtung hat nur beschränkten Neuheitswert, wie noch zu zeigen sein wird.

#### **b. Gewährleistung lauterer und unverfälschten Wettbewerbs**

Während der Zweckartikel neben dem unverfälschten auch den lauterer Wettbewerb als Schutzobjekt des Gesetzes nennt, ist in der Generalklausel lediglich von einem unlauteren Verhalten die Rede. Ein Widerspruch ist freilich darin nicht zu erblicken. Nach richtiger Auffassung verwendet der Zweckartikel die Begriffe lauter und unverfälscht im Sinne eines Hendiadyoin: Die angestrebte Wettbewerbsqualität wird durch zwei Synonyme ausge-

10) Vgl. dazu etwa Walther Hug, Der unlautere Wettbewerb als Auswirkung des Prinzips der freien Konkurrenz, in: ders., Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd. II, Bern 1978, 24 ff.; Schlueter, Vom lauterer zum freien Wettbewerb (Anm. 7), 74 ff.

drückt<sup>11)</sup>. Es ist mithin nicht so, daß sich der Begriff des lautereren Wettbewerbs in Art. 1 UWG auf die Regeln der klassischen kaufmännischen Moral bezieht, während der Terminus unverfälschter Wettbewerb auf den Schutz des Wettbewerbs in Funktionsfähigkeit und Bestand zielt. Es gibt nur einen einheitlichen Begriff des unlauteren oder unverfälschten Wettbewerbs. Konkrete Sachverhalte unlauteren Wettbewerbs weisen denn auch in der Regel sowohl geschäftsunmoralische als auch objektiv wettbewerbswidrige Elemente auf. Allerdings ist nicht zu übersehen, daß kaufmännische Standesregeln heute weniger denn je zur Organisation des Wettbewerbs taugen.

### 3. Folgerungen

Funktionale Ausrichtung des UWG bedeutet im Idealfall ein Dreifaches: Erstens heißt sie positiv-rechtliche Anerkennung der lauterkeitsrechtlichen Relevanz von Behinderungssachverhalten, die nach überkommener Auffassung einzig dem Kartellgesetz unterfallen sollten. Gemeint sind vor allem Verkäufe unter Einstandspreis und Nachfragemachtmißbräuche, soweit sie eine Gefährdung des Wettbewerbs in Funktionsfähigkeit oder Bestand nach sich ziehen. Rechtsvergleichend darf insoweit auf

11) Ähnlich Schlueter, Paradigmenwechsel im Lauterkeitsrecht?, Vortragsmanuskript Mai 1987, 11.



die Kategorie der marktbezogenen Unlauterkeit im deutschen Recht hingewiesen werden, die vor allem von Ludwig Raiser, Peter Ulmer und Rolf Sack entwickelt worden ist<sup>12)</sup>. Zweitens sind auch konsumentenbezogene Verhaltensweisen wie Täuschung, Schaffung von Verwechslungsgefahr oder von Kaufzwang nicht mehr bloß unter Gesichtspunkten der Geschäftsmoral, sondern auch unter solchen der Wettbewerbsstörung zu beurteilen. Hier geht es darum, die autonome Willensbildung beim Käufer zu gewährleisten, um Fehlleitungen der Nachfrage zu verhindern<sup>13)</sup>. Drittens muß die Unlauterkeits-schranke dort zurückgedrängt werden, wo unter dem Deckmantel des Konkurrentenschutzes die Wettbewerbsfreiheit angetastet werden soll. Das

12) Vgl. Ludwig Raiser, Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int. 1973, 443, 446; Peter Ulmer, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB- und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565 ff., 577; ders., Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, Festgabe für Kummer, Bern 1980, 578; Rolf Sack, Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GRUR 1970, 499 f.; ders., Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln, GRUR 1975, 302; ders., § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, WRP 1974, 251; ders., Zur Zulässigkeit von Vorspannangeboten, WRP 1975, 69 ff.; grundlegend schon Eugen Ulmer, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932.

13) Vgl. dazu Baudenbacher, Suggestivwerbung (Anm. 7), 139 ff., 162 ff.

betrifft die Sachverhalte vergleichende Werbung, sklavische Nachahmung und unmittelbare Leistungsübernahme sowie Umgehung von Vertriebs- und Preisbindungssystemen durch Ausnützen fremden Vertragsbruchs<sup>14)</sup>.

Mit Bezug auf die zuletzt genannte Fallreihe bringen Zweckartikel und Generalklausel kaum Neuerungen. In der Frage, was zur Erhaltung eines Systems funktionierenden Wettbewerbs erwünscht ist, war die Haltung des Bundesgerichts nämlich seit jeher eine geltungszeitlich-funktionale. So wird die vergleichende Werbung - anders als in den meisten übrigen europäischen Staaten - seit 1895 in konstanter Praxis als grundsätzlich zulässig betrachtet<sup>15)</sup>. Diese Rechtsprechung fußt, wie man trotz ausgeprägter Begründungsscheu annehmen darf, auf der wirtschaftspolitischen Erwägung, vergleichende Werbung erhöhe die Markttransparenz und stärke damit die Konsumentensouveränität. Deutlicher ist der funktionale Bezug bei der Praxis zur sklavischen Nachahmung. Das Bundesgericht lehnt einen Schutz von Arbeitsergebnissen grundsätzlich auch dann ab, wenn sie mit Mühe und Kosten erreicht worden

14) Vgl. dazu Baudenbacher, Die Revision des schweizerischen UWG. Bemerkungen zum Entwurf der Expertenkommission, GRUR Int. 1981, 162, 164 f.

15) Vgl. BGE 104 II 124; 102 II 292; 94 IV 38.

sind<sup>16)</sup>. Dem liegt ganz offensichtlich die wirtschaftspolitische Erwägung zugrunde, daß der numerus clausus der Immaterialgüterrechte nicht durch die Schaffung neuer Verwertungsmonopole aufgeweicht werden darf. Was schließlich die Mißachtung von Vertriebs- und Preisbindungssystemen angeht, so stehen schweizerische Lehre und Rechtsprechung seit jeher auf dem wettbewerbsfreundlichen Standpunkt, daß fremdes Vertragsrecht grundsätzlich nur die Parteien bindet und deshalb vom Wettbewerber nicht zu beachten ist. Zur Begründung wird ausdrücklich auf die Notwendigkeit hingewiesen, der Wettbewerbsfreiheit im Interesse der Verbraucher zum Durchbruch zu verhelfen<sup>17)</sup>.

Eine Neuorientierung ist hingegen hinsichtlich der Fallgruppe eins zu vermelden. Behinderungsstrategien der genannten Art stehen nur den Wettbewerbern offen, die über Macht verfügen. Von daher ist ohne weiteres verständlich, daß diese Sachverhalte für das klassische, auf wirtschaftsliberalem Gedankengut fußende Lauterkeitsrecht gar kein Problem darstellten. Nach dem liberalen Modell war durch das Einreißen

16) Vgl. dazu BGE 108 II 327; 105 II 301 f.; 104 II 333 f.; 95 II 468.

17) BGE 86 II 113; 57 II 339; 52 II 370.

der Zunftschranken und die Einführung von Gewerbefreiheit automatisch die Gleichheit der Konkurrenten gewährleistet. Funktional war damit eine Betrachtungsweise, welche sich unter Verzicht auf Orientierung an den Marktergebnissen und damit unter Ausblendung des Machtproblems auf bloße, gleichsam subsumtionslogische Rechtsanwendung beschränkte<sup>18)</sup>. Der Altmeister des deutschen Lauterkeitsrechts Josef Kohler sprach insoweit plastisch von einer Rechtsanwendung "ohne Vor- und Rückschau"<sup>19)</sup>. In dieser liberalen Optik führt eine staatsfreie Ordnung automatisch zur Harmonie der Einzelegoismen. Das so verstandene Lauterkeitsrecht hat nach einem Wort Franz Böhm's lediglich technische Hilfestellung beim Vollzug eines sich im übrigen selbst regulierenden Systems zu leisten<sup>20)</sup>. Nun weiß jedermann, daß die

18) Es ist kein Zufall, daß im klassischen Werk von Adolf Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1907, 7 ff., der Vergleich mit dem sportlichen Wettkampf angezogen wird. Wo sich gleich mächtige oder, besser gesagt, gleich ohnmächtige Konkurrenten gegenüberstehen, kann sich das Recht darauf beschränken, allgemeine, für alle in gleicher Weise geltenden Spielregeln aufzustellen. Vgl. zum Problem auch Michael Lehmann, Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, 321 ff.; Peter Ulmer, Der Begriff "Leistungswettbewerb" (Anm. 12), 579.

19) Der unlautere Wettbewerb, Berlin 1914, 31.

20) Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, 324.

Prämissen des liberalen Modells in der Wirtschaftswirklichkeit schon seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert nicht mehr gegeben sind. In einer vermachteten Wirtschaft zeitigt aber eine Betrachtungsweise, welche auf die Ausrichtung des Unlauterkeitsurteils auch an den Marktergebnissen und damit auf die Erfassung machtbefördernder Behinderungen verzichtet, dysfunktionale, d.h. die Wettbewerbsordnung beeinträchtigende Wirkungen, z.B. weil das Verschwinden leistungsfähiger sogenannter Tante-Emma-Läden gefördert wird. Entscheidend ist nun, daß der Gesetzgeber mit der Festschreibung des geltungszeitlich-funktionalen Ansatzes solche Verhaltensweisen entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>21)</sup> der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel unterstellt hat.

Was schließlich die konsumentengerichteten Wettbewerbsbehandlungen anlangt, so wird die funktionale Optik vielfach zu denselben Ergebnissen führen wie die geschäftsmoralische. Trotzdem bedeutet sie insofern eine Neuerung, als sie den Blick dafür schärft, welche Rolle der Verbraucher in einem systemfunktionierenden Wettbewerb zu erfüllen hat und welche Forderungen von daher an das UWG zu stellen sind.

21) BGE 107 II 277; dazu unten.

### III. Neue Verbotstatbestände

#### 1. Vorbemerkungen

Ein zweites Hauptmerkmal des neuen Gesetzes bildet die Tatsache, daß eine Vielzahl von unlauteren Verhaltensweisen in Einzeltatbeständen erfaßt wird. Dabei wurden zum einen redaktionelle Änderungen an Vorschriften vorgenommen, welche bereits im alten UWG enthalten waren. Im einzelnen betrifft das v. a. die Tatbestände Herabsetzung, Täuschung, Titelberühmung, Schaffung von Verwechslungsgefahr, Bestechung, Geheimnisverrat und soziales Dumping. Zum anderen hat der Gesetzgeber zahlreiche neue Verbotstatbestände geschaffen. In wichtigen Fällen hat er damit Neuland beschritten, da Gerichtsurteile nicht vorlagen.

#### 2. Vergleichende Werbung

Nach Art. 3 lit. e UWG handelt unlauter, wer sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Die Vorschrift bringt in der Sache nichts neues, sondern schreibt lediglich die bisherige Bundesgerichts-

praxis fest. Die Erfassung in einer eigenen Norm ist aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit erfolgt. Damit bleibt die vergleichende Werbung aufgrund ihrer transparenzfördernden Wirkung grundsätzlich erlaubt. Mit dem Verbot der unnötigen Anlehnung knüpft das Gesetz an das bekannte Lattoflex-Urteil aus dem Jahre 1976 an, in welchem das Bundesgericht die Bezeichnung der Bicoflex-Untermatratze als "Gegenprodukt" zu Lattoflex als unlauter qualifiziert hat<sup>22</sup>).

### **3. Verkauf unter Einstandspreis**

#### **a. Ausgangslage**

Die entscheidende Schlacht um das neue UWG ist auf dem Feld des Verkaufs unter Einstandspreis geschlagen worden. Das viel zitierte Ladensterben hat den Hauptanstoß zur UWG-Novelle überhaupt gebildet. Aus Gewerbekreisen waren ursprünglich ein absolutes Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis und ein allgemeines Diskriminierungsverbot gefordert worden.

Der Ausgangspunkt für die Revision war freilich denkbar ungünstig. Anders als etwa der BGH hat es das Bundesgericht nicht verstanden, das Problem

22) BGE 102 II 292.

des Verkaufs unter Einstandspreis durch Aufstellung gewisser Schranken zu entschärfen. Gelegenheit dazu hätte sich im Musterprozeß geboten, den mehrere Einzelhändler gegen Denner angestrengt hatten<sup>23)</sup>. Denner hatte, wie üblich, abwechselungsweise verschiedene Lebensmittel, Zigaretten und Alkoholika unter Einstandspreis angeboten und verkauft. Das Bundesgericht ging für den in Frage stehenden Bereich - entgegen seiner früheren Rechtsprechung<sup>24)</sup> - von einer absoluten wirtschaftspolitischen Neutralität des Lauterkeitsschutzes aus. Danach sollte die Tatsache, daß eine Verlustpreisunterbietung von einem markmächtigen Unternehmen ausgeht, selbst dann kein Indiz für unlauteren Wettbewerb darstellen, wenn sie volkswirtschaftlich nachteilige Folgen zeitigte. Die Verhinderung volkswirtschaftlich negativer Entwicklungen sei ein ausschließlich kartellrechtliches Anliegen. Dazu muß man wissen, daß das Behinderungsverbot des damals geltenden Kartellgesetzes nur solche Handlungen erfaßte, denen ein Diskriminierungszweck oder doch wenigstens eine Diskriminierungstendenz eignete<sup>25)</sup>.

23) BGE 107 II 22, mit kritischer Anmerkung von Baudenbacher in SAG 1982, 174 ff.

24) BGE 85 II 450.

25) Vgl. dazu Leo Schürmann, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zürich 1964, 70; Kurt Aeberhard, Der Preismißbrauch im



Das Verbot gelangte mithin auf Verkäufe unter Einstandspreis auch dann nicht zur Anwendung, wenn sie sich über einen längeren Zeitraum auf bestimmte Artikel konzentrierten. Denn auch in einem solchen Fall war ein Diskriminierungszweck kaum nachzuweisen.

#### **b. Regierungsentwurf<sup>26)</sup>**

Der Entwurf des Bundesrats bezeichnete als unlauter das wiederholte Tiefpreisangebot ausgewählter Waren, Werke oder Leistungen, sofern damit der Kunde über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern getäuscht wurde. Verkäufe, die nicht zu Täuschungen führen, sollten erlaubt bleiben. Um die Rechtsdurchsetzung zu erleichtern, sah die Bestimmung weiter eine Täuschungsvermutung und damit eine Beweislastumkehr bei systematischem Verkauf unter geschäftsüblichem Einstandspreis vor. Damit sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, daß marktmächtige Nachfrager nicht selten zu Verkäufen in der Lage sind, deren Preis zwar über dem eigenen Einstandspreis, aber unter dem der Einzelhandelskonkurrenten liegt.

Schweizerischen Kartellrecht, Bern/Stuttgart 1979, 70, m.w.H.; BGE 107 II 287 f.

26) Vgl. Art. 3 lit. f Entwurf; Botschaft mit Entwurf (Anm. 4), 35 ff., 58 f.

### c. Parlamentarische Behandlung

Das Parlament ersetzte zunächst den Begriff "geschäftsüblichen Einstandspreis" durch die Wendung "Einstandspreis vergleichbarer Bezüge gleichartiger Waren, Werke oder Leistungen". Im übrigen standen sich in den Beratungen zwei Versionen gegenüber: Die eine entsprach im wesentlichen dem Regierungsvorschlag. Die andere, von dem Gewerbenahenestehenden Abgeordneten eingebrachte, wollte auf das Täuschungselement verzichten und zielte auf ein absolutes Verbot des systematischen Verkaufs unter Einstandspreis nach dem Vorbild des französischen, des belgischen und des luxemburgischen Rechts<sup>27)</sup>. Nach dieser Fassung sollte un-

27) Vgl. zum französischen Recht Art. 32 der Ordonnance No. 86-1243 du 1.12.1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence; dazu Novella/Ferrier, Liberté des prix et nouveau droit de la concurrence, Paris 1987; Albrecht Bach, Reform des französischen Wettbewerbsrechts, RIW 1987, 419 ff.; Jean Calais-Auloy, L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs, Dalloz 1987 Chron. p. 137 ss.; Fernand Charles Jeantet, L'esprit du nouveau droit de la concurrence, J.C.P. 1987 I 3277. - Zum belgischen Recht Art. 22/23 des Gesetzes über die Handelspraktiken vom 14.7.1971 in der Fassung von 1978; dazu Schricker, Das belgische Gesetz (Anm. 6), 193 f. - Zum luxemburgischen Recht Art. 4 der Großherzoglichen Verordnung betreffend den unlauteren Wettbewerb vom 23.12.1974 (GRUR Int. 1977, 235 ff.).

lauter handeln, wer "wiederholt Waren, Werke oder Leistungen unter Einstandspreisen anbietet oder verkauft und dies in der Werbung besonders hervorhebt". Zur Begründung wurden die klassischen Argumente für ein absolutes Verbot des systematischen Verkaufs unter Einstandspreis vorgetragen: Das Verlustpreisangebot erwecke den Eindruck, das ganze Sortiment weise dasselbe tiefe Preisniveau auf, ohne daß es auf eine Täuschung im Einzelfall ankomme. Der Lockvogelhalter erfülle darüber hinaus die Tatbestände der Rufausbeutung und der Anschwärzung. Im Sinne eines Kompromisses wollten die Gewerbevertreter auf die im bundesrätlichen Entwurf vorgesehene Beweislastumkehr verzichten<sup>28)</sup>. Die Gegner des Gewerbeantrags machten geltend, eine Bestimmung, welche auf das Täuschungselement verzichte, sei von der Verfassung nicht (oder kaum) mehr gedeckt. Der insoweit einschlägige Art. 31 <sup>bis</sup> Abs. 2 BV lasse nur polizeiliche, allenfalls auch sozialpolitische, nicht aber wirtschaftspolitische Abweichungen von der Handels- und Gewerbebefreiheit zu<sup>29)</sup>. Im übrigen sei ein solcher Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit auch in der Sache abzulehnen. Der

28) Vgl. Kündig, Amtl. Sten. Bull. StR 1986, 416.

29) Vgl. Aubert, Amtl. Sten. Bull. StR 1986, 419; Bundesrat Furgler, Amtl. Sten. Bull. StR 1986, 420; Miville, Amtl. Sten. Bull. StR 1986, 417; Gianfranco Cotti, Amtl. Sten. Bull. NR 1985, 828.

bloße Verkauf unter Einstandspreis sei zwar eine harte, aber keine unlautere Form des Wettbewerbs. Schließlich müßte das angestrebte absolute Verbot des wiederholten Verkaufs unter Einstandspreis wirkungslos bleiben, da es dem Kläger die Beweislast aufbürde<sup>30)</sup>.

Im Verlauf der Beratungen wogte der Kampf hin und her. Die nationalrätliche Kommission sprach sich grundsätzlich für den Vorschlag des Bundesrates aus, unterlag aber in der Großen Kammer mit 74 zu 79 Stimmen<sup>31)</sup>. Die Kommission des Ständerates schloß sich prinzipiell ebenfalls dem Regierungsvorschlag an und konnte sich in ihrem Plenum mit 18 zu 12 Stimmen auch durchsetzen<sup>32)</sup>. Zwischen den Beratungen von National- und Ständerat hatte vor allem die Neue Zürcher Zeitung vehement gegen den Normierungseifer ausgerechnet der Kreise Stellung genommen, die sich üblicherweise für mehr Freiheit und weniger Staat stark machen<sup>33)</sup>. Im Differenzbereinigungsverfahren, das nach schweizerischem Recht immer dann notwendig wird,

30) Vgl. Aubert, Amtl. Sten. Bull. StR 1986, 419; Miville, Amtl. Sten. Bull. StR 1986, 417.

31) Amtl. Sten. Bull. NR 1985, 832.

32) Amtl. Sten. Bull. StR 1986, 420.

33) Vgl. etwa "Preisgestaltungsfreiheit mit Füßen getreten", NZZ vom 7.6.1985.

wenn beide Kammern des Parlaments verschiedene Beschlüsse fassen, schloß sich der Nationalrat mit 79 zu 61 Stimmen dem Beschluß des Ständerates an<sup>34)</sup>. Art. 3 lit. f lautet demzufolge: "Unlauter handelt insbesondere, wer ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandspreis anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht; Täuschung wird vermutet, wenn der Verkaufspreis unter dem Einstandspreis vergleichbarer Bezüge gleichartiger Waren, Werke oder Leistungen liegt; weist der Beklagte den tatsächlichen Einstandspreis nach, so ist dieser für die Beurteilung maßgebend."

#### d. Kritik

Der Kläger kann somit unabhängig von der Täuschungsvermutung den Nachweis führen, daß das wiederholte Tiefpreisangebot täuschend ist. Im Falle der Täuschungsvermutung stehen dem Beklagten zwei Wege offen: er kann nachweisen, daß eine Täuschung nicht besteht; oder er kann beweisen, daß er nicht unter seinem individuellen Einstandspreis verkauft hat. Gelingt ihm dieser Beweis, so muß der Kläger seinerseits den Nachweis

34) Amtl. Sten. Bull. NR 1986, 1251.

erbringen, daß dennoch eine Täuschung vorliegt<sup>35)</sup>. In der Frage, wann eine Täuschung konkret zu bejahen ist, soll es der Regierungsbegründung zufolge auf die Art und Weise der Ankündigung, den Wortlaut der Werbung, die Häufigkeit und Regelmäßigkeit der Angebote und das Verhältnis der fraglichen Artikel zum Gesamtassortiment ankommen<sup>36)</sup>. Kritisch muß allerdings angemerkt werden, daß in Art. 3 lit. f neues UWG ein Katalog von Rechtfertigungsgründen, wie ihn etwa das französische Recht kennt<sup>37)</sup>, fehlt. Unter historischen Gesichtspunkten ist immerhin zu beachten, daß nach der Botschaft leicht verderbliche oder demodierte Ware sowie Artikel, welche eine Wertverminderung oder einen Preisverfall erlitten haben, nach wie vor zu Tiefpreisen verkauft werden dürfen; insoweit fehle es an der Täuschung<sup>38)</sup>.

Die Debatte über den Lockvogeltatbestand hat damit zu einem vernünftigen Ergebnis geführt. Entscheidend ist dabei nicht der aus dem klassischen Lauterkeitsrecht stammende Täuschungs-

35) Botschaft (Anm. 4), 58.

36) Botschaft (Anm. 4), 58.

37) Vgl. dazu Bach (Anm. 27), 428.

38) Botschaft (Anm. 4), 58.

gesichtspunkt an sich, sondern die Beweislastumkehr. Zwar sind direkte Auswirkungen auf die Verkäufe unter Einstandspreis kaum zu erwarten. Hingegen ist die Täuschungsvermutung grundsätzlich geeignet, den Beklagten zur Offenlegung seiner Preisverhältnisse zu veranlassen. Damit kommt möglicherweise auch eine allfällige Diskriminierung auf der vorgelagerten Wirtschaftsstufe, die den Verkauf unter dem Einstandspreis vergleichbarer Bezüge erst ermöglicht hat, ans Tageslicht. Die Hoffnungen auf eine präventive Wirkung gegenüber wirtschaftlich ungerechtfertigten Preisdiskriminierungen sind vielleicht durchaus realistisch<sup>39)</sup>. Ja, es könnte sich leicht erweisen, daß die nun getroffene Regelung einem allgemeinen Diskriminierungsverbot deswegen überlegen ist, weil dort das bekannte Roß- und Reiterproblem besteht: die vom nachfragemächtigen Handel "angezapften" Hersteller sind nicht bereit, zu klagen, weil sie zwar die Chance hätten, "to win the case", dabei aber Gefahr liefen, "to loose the

39) Vgl. dazu Bericht der Expertenkommission für die Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 30. September 1943 an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement, Februar 1980, 22; Botschaft (Anm. 4), 58; Bundesrat Furgler, Amtl. Sten. Bull. NR 1985, 832; aus deutscher Sicht beachtlich Sack, Der Verkauf unter Selbstkosten im Einzelhandel, WRP 1983, 63, 74.

business"40). Daß von einem Rückgang der Diskriminierungen im Reflex auch positive Rückwirkungen auf die Unterpreisverkäufe zu erwarten sind, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Im Übrigen hat die Debatte über den Lockvogeltatbestand gezeigt, daß der funktionale Gesichtspunkt im Parlament nur zum Teil verstanden worden ist. Selbstverständlich wäre gerade in geltungszeitlich-funktionaler Sicht auch ein allgemeines Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis oder ein allgemeines Diskriminierungsverbot systemkonform gewesen. Ob solche Regulierungen eingeführt werden sollen, ist keineswegs eine verfassungsrechtliche, sondern allein eine wettbewerbstheoretische und wettbewerbspolitische Frage.

Natürlich kann der nicht täuschende Verkauf unter Einstandspreis nach der Generalklausel des Art. 2 UWG unlauter sein. Unter historischen Gesichtspunkten ist entscheidend, daß die Botschaft diese Möglichkeit jedenfalls abstrakt bejaht<sup>41)</sup>. Im übrigen folgt die Anwendbarkeit der Generalklausel schon aus ihrer geltungszeitlich-

40) Wilfried Witthuhn, Die Ausgestaltung der privaten Klage im Wirtschaftsrecht, Diss. Hamburg 1976, 81 Anm. 3, m.w.H.

41) Botschaft (Anm. 4), 36 f., 59.



funktionalen Ausrichtung. Das Problem, das hier zu lösen ist, ist ein solches der Abgrenzung. Die Generalklausel muß grundsätzlich dann eingreifen, wenn Machtmißbrauch im Spiel ist. Im übrigen wird man insoweit zumindest parallele Anwendbarkeit von UWG und Kartellgesetz anzunehmen haben<sup>42)</sup>.

#### 4. Besonders aggressive Verkaufsmethoden

Art. 3 lit. h UWG bezeichnet als unlauter die Beeinträchtigung des Kunden in seiner Entscheidungsfreiheit durch besonders aggressive Verkaufsmethoden. Der bundesrätliche Entwurf sprach von aggressiven Verkaufs- und Werbemethoden<sup>43)</sup>. Damit waren die Tatbestände psychischen Zwangs gemeint. Ein solcher besteht nach zutreffender Auffassung dann, wenn der Konsument in bestimmte soziale Situationen hineinmanövriert oder in solchen Situationen überrumpelt wird. Es herrscht

42) Die herrschende Lehre nimmt bei Boykott und gezielter KampfpPreisunterbietung seit jeher Anspruchskonkurrenz zwischen der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel und dem kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbot an. Vgl. Max Kummer, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960, 132 ff.; Schürmann, (Anm. 25), 175 f.; Hans Merz, Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967, 131 f.; Christoph Schmid, Gratisanzeiger und Pressewettbewerb, Bern 1983, 180 ff.

43) Vgl. Botschaft mit Entwurf (Anm. 4), 85.

ein starker Anpassungsdruck, dem sich der Betroffene nur schwer entziehen kann. Damit wird die Entscheidungsfreiheit des Käufers eingeschränkt. Anwendungsfälle sind die Werbung im Todesfall (Besuch des Sarg- oder Grabsteinvertreters), die Zusendung unbestellter Ware, die Veranstaltung von Werbefahrten, die Telefonwerbung, aber auch das Androhen von sozialer Isolation (Beispiel: "Einsam, weil sie Schuppen hat.") oder von gesundheitlicher Gefährdung bei Nichtverwendung bestimmter Produkte (Beispiel: "Unsere Zeit ist gegen Ihr Herz. B. hat sich Ihr Herz zur Herzenssache gemacht.") In der Lehre sind solche Verhaltensweisen seit jeher als unlauter im Sinne der alten Generalklausel eingestuft worden<sup>44)</sup>, doch ist eine Entscheidung dazu nie ergangen. Die Bestimmung des Entwurfs, welche geltender deutscher und österreichischer Rechtslage entspricht<sup>45)</sup>, ist im Parlament unter Hintansetzung

44) Vgl. zur Zusendung unbestellter Ware Schlupep, Ausgewählte Rechtsfragen des Direct Mail, in: Zum Wirtschaftsrecht, 1978, 167 ff.; Alois Troller, SJZ 1979, 385; zur Androhung negativer sozialer Sanktionen und zur Werbung mit der Angst Baudenbacher, Suggestivwerbung (Anm. 7), 170 ff., m.w.H.

45) Vgl. zum deutschen Recht Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 15. Aufl., München 1987, § 1 Rdnr. 39 ff.; zum österreichischen Hans-Georg Koppensteiner, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl., Wien 1987, 183 ff.

des funktionalen Aspekts arg verstümmelt worden. Zwar war einem Streichungsantrag kein Erfolg beschieden, doch wurde der gesamte Bereich der Werbung ausgeklammert<sup>46</sup>).

Daß wenigstens die Verkaufsmethoden in der Vorschrift belassen worden sind, ist offensichtlich darauf zurückzuführen, daß viele Parlamentarier von den Berichten über Werbefahrten mit älteren Menschen beeindruckt waren. Das ist in einer Zeit, in der solche Ausflüge zur Oleanderblüte in San Remo oder gar zur Orangenernte in Valencia angeboten werden, gewiß verständlich, zumal die Senioren auch ein beachtliches (und relativ aktives) Wählerpotential stellen. Doch wird damit eben nur ein Teil der fragwürdigen Sachverhalte erfaßt.

Natürlich stellt sich auch die Frage nach der Praktikabilität der vom Parlament eingefügten Beschränkung. Eigentlich sind aggressive

46) Vgl. Lüchinger, Amtl. Sten. Bull. NR 1985, 836. Symptomatisch für das Niveau der Debatte ist die (durchaus ernst gemeinte und letztlich auch erfolgreiche) Feststellung eines Nationalrats, darauf, daß der Konsument sich aus einem inneren Gefühl zum Kauf verpflichtet halte, könne es doch nicht ankommen. "Wenn ich Durst habe und ein Bier trinken gehe, kaufe ich dieses Bier (auch) aus einem inneren Gefühl heraus." Amtl. Sten. Bull. NR 1986, 1252.

Verkaufsmethoden ohne aggressive Werbung nicht denkbar. Trotzdem: Ob ein Gericht angesichts der Entstehungsgeschichte wagen wird, die Ausübung psychischen Zwangs in der Werbung als unlauter im Sinne der Generalklausel zu qualifizieren, darf bezweifelt werden.

## 5. Verschleierung

Nach Art. 3 lit. i UWG handelt unlauter, wer die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werken oder Leistungen verschleiert und dadurch den Kunden täuscht. Der Botschaft zufolge kann solche Irreführung bewerkstelligt werden durch Weglassen von Angaben<sup>47)</sup>. Damit besteht unter bestimmten Voraussetzungen eine positive Informationspflicht in der Werbung. Bekanntlich stellte auch der Entwurf zur Werbe-Richtlinie der EG von 1978 eine solche Pflicht auf. In der endgültigen Fassung vom 10. September 1984 ist sie jedoch gestrichen<sup>48)</sup>.

47) Botschaft (Anm. 4), 60.

48) Art. 3 Abs. 1 des Vorschlags der Kommission vom 1.3.1978 statuierte ein Verbot der Irreführung durch Verbreiten von teilweise falschen Behauptungen, Art. 3 Abs. 2 ein Verbot der Irreführung durch Unterlassen (ABl C 70/4 vom 21.3.1978). In der Richtlinie 84/450 vom 10.9.1984 fehlen entsprechende Bestimmungen (ABl L 250/17 vom 19.9.1984). Vgl. zum Ganzen Schricker, Die

## 6. Verleitung eines Abnehmers zum Vertragsbruch

Art. 4 lit. a des neuen UWG bezeichnet als unlauter die Verleitung eines Abnehmers zum Vertragsbruch in der Absicht, selbst zum Abschluß zu gelangen. Die Bestimmung ist insofern verunglückt, als die (praktisch wichtige) Verleitung des Lieferanten nicht erwähnt wird. Im übrigen geht sie kaum über geltendes Recht hinaus. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zum (grundsätzlich zulässigen) Ausnützen fremden Vertragsbruchs zu erkennen gegeben, daß es die Verleitung unter bestimmten Umständen als unlauter qualifizieren würde<sup>49)</sup>. Art. 4 lit. a bringt insoweit eine begrüßenswerte Präzisierung. Doch darf der Hinweis nicht fehlen, daß sich die Verleitung zum Vertragsbruch in aller Regel nicht beweisen läßt.

Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, WRP 1977, 1 ff.; Kurt Keilholz, Die mißlungene Harmonisierung des Verbots der irreführenden Werbung in der EG und ihre Konsequenzen für die deutsche Rechtsprechung, GRUR Int. 1987, 390 ff.; Norbert Reich, Unlauterer Wettbewerb und irreführende Werbung im EWG-Recht, erscheint in: Baudenbacher, Hrsg., Das UWG auf neuer Grundlage, Bern/Stuttgart 1988.

49) BGE 86 II 112.

## 7. Verwertung fremder Leistung

In Art. 5 UWG wird neu die Verwertung fremder Leistung geregelt. Die Buchstaben a und b untersagen die mißbräuchliche Verwertung von Arbeitsergebnissen wie Offerten, Berechnungen und Plänen. Insoweit liegt freilich, was die Botschaft übersieht, im Grunde genommen eine bloße Kodifikation bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor<sup>50)</sup>.

Weitgehend Neuland wird hingegen mit lit. c betreten, wonach unlauter handelt, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Im Vorfeld der parlamentarischen Debatte ist die Frage nach der zeitlichen Begrenzung dieses Leistungsschutzes gestellt worden<sup>51)</sup>. Leider enthält Art. 5 lit. c keine diesbezügliche Aussage. Unter historischen Gesichtspunkten ist aber auf die Ausführungen des deutschsprachigen Berichterstatters im Nationalrat hinzuweisen. Danach darf mit Art. 5 lit. c die zeitliche Befristung des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes nicht unterlaufen werden<sup>52)</sup>. Ent-

50) Vgl. BGE 77 II 263; 90 II 51.

51) Vgl. Baudenbacher, Die Revision (Anm. 14), 168.

52) Lüchinger, Amtl. Sten. Bull. NR 1986, 842.

scheidend muß mithin sein, ob der Schöpfer eines Produkts seine Kosten amortisiert hat oder nicht. Rechtsvergleichend ist insoweit auf die vom deutschen BGH und von der italienischen Corte di Cassazione entwickelten Grundsätze zum zeitlich limitierten Leistungsschutz zu verweisen. Beide Gerichte haben in neuerer Zeit mehrfach festgestellt, ein Schutz von Leistungen, die mit Mühe und Kosten geschaffen worden sind, vor unmittelbarer Übernahme sei für die Zeit zu gewähren, die der Erbringer zur Ziehung der ihm billigerweise zustehenden Früchte aus seiner Arbeit benötigt. Auf diese Weise bleibe der im Interesse der Allgemeinheit liegende Anreiz zur Schaffung von Leistungen bestehen<sup>53</sup>).

Positiv zu beurteilen ist, daß Leistungsschutz nur am marktreifen Arbeitsergebnis möglich ist. Das Resultat muß mithin in einer wirtschaftlich gebrauchsfertigen, verwertbaren Form vorliegen. Damit wird jede rechtliche Konstruktion eines

53) Vgl. etwa BGH GRUR 1969, 186 "Reprint"; GRUR 1972, 127 "Formulare"; GRUR 1973, 478 "Modeneinheit"; grundlegend dazu Sack, Die Schmarotzerkonkurrenz in der deutschen Rechtsprechung, in: La concurrence parasitaire en droit comparé, Actes du colloque de Lausanne, Genf 1981, 35 ff.; auch Handelsgericht Zürich, SJZ 1970, 326 ff.; zum italienischen Recht Corte di Cassazione vom 17. November 1984, GRUR Int. 1987, 187.

Ideen- oder Methodenschutzes ausgeschlossen. Nicht erfaßt wird in Art. 5 lit. c UWG nach Meinung der Gesetzesverfasser die Leistung des Interpreten<sup>54)</sup>. Insoweit muß man weiterhin auf den Erlaß eines Sondergesetzes warten.

## **8. Verwendung mißbräuchlicher AGB**

### **a. Ausgangslage**

Die Verwendung von mißbräuchlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in der Schweiz seit jeher genauso verbreitet wie in allen modernen Industrieländern. Im Gegensatz zur deutschen hat aber die schweizerische Rechtsprechung eine offene Inhaltskontrolle trotz einhelliger Forderungen der Lehre und obwohl der Konditionwettbewerb nicht funktioniert stets abgelehnt. Anerkannt sind lediglich die Unklarheitenregel und (allerdings erst seit 1983) die Ungewöhnlichkeitsregel<sup>55)</sup>. Die Gründe für diese Zurückhaltung sind zum einen in der sozialen Ausgestaltung des allgemeinen Schuldvertragsrechts zu su-

54) Vgl. Baudenbacher, Die Revision (Anm. 14), 168.

55) Vgl. zur Unklarheitenregel etwa BGE 107 II 161; 99 II 73; 87 II 242; 87 II 89; 81 II 159; zur Ungewöhnlichkeitsregel BGE 104 Ia 272; 109 Ia 55; 109 II 452; zur Ablehnung einer offenen Inhaltskontrolle BGE 109 II 213.



chen. So ziehen etwa die Art. 100 und 101 OR den Versuchen, die Haftung für Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung infolge nachträglicher Unmöglichkeit auszuschließen oder zu beschränken, unabhängig von der AGB-Problematik engere Grenzen als zum Beispiel die §§ 276, 278 BGB. Zum anderen ist es vielleicht, wie Ludwig Raiser einmal formuliert hat, der liberale Respekt vor dem einmal geschlossenen Vertrag, welcher die Inhaltskontrolle verunmöglicht<sup>56)</sup>. In neuerer Zeit muß man aber auch von fehlendem Problembewußtsein bei den Gerichten sprechen.

#### **b. Parlamentarische Behandlung**

Der Bundesrat hatte in Anlehnung an § 9 deutsches AGB-Gesetz folgende Bestimmung vorgeschlagen: "Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die zum Nachteil einer Vertragspartei a. von der unmittelbar oder sinngemäß anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen."<sup>57)</sup> Dem Parlament ging diese, auf offene Inhaltskon-

56) In: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1968, 12.

57) Art. 8 Entwurf; Botschaft mit Entwurf (Anm. 4), 63 ff.

trolle zielende, Vorschrift zu weit. Es führte zusätzlich das Erfordernis der Irreführung ein und beschränkte sich damit auf bloße Geltungskontrolle.

### c. Kritik

Die endgültige Fassung ist in beiden Räten mit dem Satz begründet worden, das Element der Irreführung sei dem Recht des unlauteren Wettbewerbs eigen<sup>58)</sup>. Das Argument ist absurd. Mit dem gleichen Recht hätte man die AGB-Kontrolle vom Merkmal des Geheimnisverrats oder der Anschwärzung abhängig machen können. Man darf jedoch getrost annehmen, daß hinter dem vom Ständerat initiierten Schwenk ganz andere Absichten standen als die Sorge um die Reinerhaltung des - klassisch verstandenen - Lauterkeitsrechts. Art. 8 UWG schießt damit am Ziel vorbei. Das, worauf die Norm abzielt, der irreführende Einsatz von AGB, ist rechtspolitisch nicht problematisch. Und das, was rechtspolitisch problematisch ist, die klare, nicht ungewöhnliche und nicht irreführende Benachteiligung der wirtschaftlich, intellektuell oder strukturell unterlegenen Vertragspartei, kann mit der Norm nicht gelöst werden. Nur am

58) Vgl. Lüchinger und Aliesch, Amtl. Sten. Bull. NR 1986, 1253; Steiner, Amtl. Sten. Bull. StR 1986, 423.

Rande ist darauf hinzuweisen, daß Art. 8 UWG auch der Empfehlung des Europarates betreffend mißbräuchliche Klauseln in Konsumentenverträgen und geeignete Kontrollmaßnahmen nicht genügt<sup>59)</sup>.

Damit stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber nach dieser Fehlleistung verbleiben. Bestrebungen, eine einseitig-staatliche Inhaltskontrolle durchzusetzen, haben politisch kaum noch Chancen. Eine Mittellösung könnte darin bestehen, daß ein Kollektivvertragsmodell mit staatlicher Hilfe zugunsten der schwächeren Vertragspartei (d.h. vor allem der Konsumentenverbände) nach dem Vorbild des bundesrätlichen Entwurfs zu einem Konsumenteninformationsgesetz<sup>60)</sup> verwirklicht würde<sup>61)</sup>. Im europäischen Kontext darf hier auch auf den Entwurf zu einem

59) Resolution (76) 47.

60) Nach Art. 3 des Entwurfs werden die der Deklarationspflicht unterliegenden Waren und Dienstleistungen und die Anforderungen an Form und Inhalt der Deklaration von den Organisationen der Wirtschaft und den Konsumentenverbänden vereinbart. Kommt die Einigung nicht zustande oder wird sie unzureichend erfüllt, so soll der Bundesrat die Materie auf dem Verordnungsweg regeln. BB1 1986 II 399.

61) Vgl. dazu im einzelnen Baudenbacher, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV 1987, 505, 527 ff.; ders., in: Was soll noch Art. 8 UWG?, SAG 1987, 114 f.

neuen niederländischen BGB hingewiesen werden. Danach soll eine unabhängige staatliche Fachkommission mit Vertretern von Wirtschaft, Verbrauchern und Regierung beauftragt werden, für alle wichtigen Branchen Musterbedingungen auszuhandeln und sie ständig auf dem neuesten Bedürfnisstand zu halten. Die Bedingungen können von der Regierung genehmigt und auf diese Weise allgemeinverbindlich erklärt werden<sup>62)</sup>.

#### IV. Anspruchsordnung

##### 1. Vorbemerkungen

Die Expertenkommission stellte in ihrem Bericht fest, das UWG von 1943 habe vor allem wegen seiner ungenügenden Anspruchsordnung seine Aufgabe nur teilweise erfüllen können<sup>63)</sup>. Die bundesrätliche Botschaft schloß sich dieser Beurteilung an<sup>64)</sup>. Die Neuerungen im Bereich des Durchset-

62) Vgl. dazu Eike von Hippel, Der Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den EG-Staaten, *RabelsZ* 1977, 237, 269 f.; *GRUR Int.* 1984, 57 f.

63) Vgl. Bericht der Expertenkommission über die Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 30. September 1943 an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement, Februar 1980, 37 ff.

64) Botschaft mit Entwurf (Anm. 4), 10 f.

zungsinstrumentariums halten sich indes im traditionellen Rahmen. So bleibt das Problem des Kollektivschadens ungelöst. Den einzelnen Geschädigten steht zwar offen, ihre Ansprüche an einen Verband abzutreten, doch kann eine umfassende Schadensliquidation auf diese Weise nicht erfolgen. Das böse Wort, der unlautere Wettbewerb rentiere sich immer, behält insofern seine Berechtigung<sup>65</sup>). Dem schweizerischen Recht ist sodann ein Rücktrittsrecht des getäuschten Kunden nach dem Muster des § 13a deutsches UWG unbekannt. Das ist allerdings nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu bedauern, denn allzu viel wird man auch von der deutschen Regelung nicht erwarten können<sup>66</sup>).

Ersatzlos gestrichen hat das Parlament ein vom Bundesrat vorgeschlagenes Recht des Bundes, im öffentlichen Interesse als zivilrechtlicher Staatsanwalt Unterlassungs-, Beseitigungs-, Feststellungs- und Berichtigungsklage zu erheben sowie den Anspruch auf Urteils publikation geltend

65) Vgl. dazu Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung im schweizerischen Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1980, 344, 348 f.

66) Skeptisch zu § 13a deutsches UWG auch Lehmann, Die UWG-Neuregelungen 1987 - Erläuterungen und Kritik, GRUR 1987, 199, 211 ff.

zu machen<sup>67)</sup>. Etwas anderes war politisch kaum zu erwarten. Auch hier zeigt sich, daß das Parlament letztlich nicht bereit war, den geltungszeitlich-funktionalen Ansatz bedingungslos durchzuhalten. Denn das Klagerecht des Bundes wäre nichts anderes gewesen als die Konsequenz aus der Einsicht, daß ein modernes UWG bei der im öffentlichen Interesse liegenden Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs nicht mehr einzig auf die Privatinitiative vertrauen kann.

## **2. Klagerecht des verletzten Marktteilnehmers**

Nach Art. 9 Abs. 1 UWG 1986 sind neu nicht nur direkte Mitbewerber klageberechtigt, sondern auch Marktteilnehmer, welche zum Verletzer in keinem Wettbewerbsverhältnis stehen. Das ist angesichts der Konzeption des Gesetzes als Marktgesetz, die vor allem in der Neufassung der Generalklausel zum Ausdruck kommt, nur folgerichtig. Die Erweiterung der Klageberechtigung wird sich vor allem im Bereich des Kennzeichenschutzes auswirken.

Die in Art. 9 Abs. 2 und 3 genannten Abwehrklagen, die Berichtigungsklage, die Möglichkeit, beim Richter die Urteilspublikation zu beantragen sowie die Schadenersatz- und die Genugtuungsklage

67) Art. 11 Entwurf; Botschaft mit Entwurf (Anm. 4), 71, 77.

waren bereits im alten UWG enthalten. Neu ist hingegen die Klage auf Herausgabe des Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 9 Abs. 3). Damit soll insbesondere der Leistungsschutz verstärkt werden<sup>68)</sup>. Eine entsprechende Vorschrift war bereits im Entwurf zum UWG von 1943 vorgesehen, wurde aber damals in den parlamentarischen Beratungen mit der Begründung gestrichen, zumal ausländische Konkurrenten und Verbände könnten mit Hilfe des Gewinnherausgabeanpruchs versuchen, Einblick in die Geschäftsverhältnisse ihrer schweizerischen Mitbewerber zu nehmen<sup>69)</sup>. Diesmal wurde die Vorschrift, welche im Vorschlag der Expertenkommission noch gefehlt hatte, diskussionslos akzeptiert.

### **3. Kundenklage**

Nach Art. 10 Abs. 1 UWG ist die Kundenklage bereits bei Gefährdung in den wirtschaftlichen Interessen gegeben. Das alte Recht forderte insoweit einen Schadensnachweis (Art. 2 Abs. 2 aUWG). Die Bestimmung war jedoch toter Buchstabe.

68) Botschaft mit Entwurf (Anm. 4), 68.

69) Vgl. Sten. Bull. StR 1943. 54 ff.; Sten. Bull. NR 1943, 139 ff.; zum Ganzen Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung (Anm. 65), 349.

Art. 10 Abs. 1 UWG bezieht sich entgegen den Ausführungen in der Botschaft<sup>70)</sup> nicht nur auf den Konsumenten, sondern auch auf den gewerblichen Abnehmer. Für ihn ist vor allem die Möglichkeit wichtig, gegen Täuschungen eines Herstellers vorzugehen, zu dem er in keinem vertraglichen Verhältnis steht<sup>71)</sup>.

#### 4. Verbandsklagen

Schließlich räumt Art. 10 Abs. 2 UWG entsprechend dem allgemeinen Trend in den meisten europäischen Staaten<sup>72)</sup> den Berufs- und Wirtschaftsverbänden und den Konsumentenorganisationen die Befugnis zur Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage sowie die Ansprüche auf Berichtigung und Urteilsveröffentlichung ein. Diese Kompetenzen sind nunmehr von der Klageberechtigung eines Mitglieds unabhängig<sup>73)</sup>. Um Mißbräuche zu

70) Botschaft mit Entwurf (Anm. 4), 68.

71) Dazu Sack, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, erscheint in: Baudenbacher, Hrsg., Das UWG auf neuer Grundlage (Anm. 48), mit zutreffendem Hinweis auf die Prüfzeichen-Entscheidung des BGH (NJW 1974, 1503 ff.).

72) Vgl. dazu anstelle vieler Beier (Anm. 2), passim.

73) Nach altem Recht waren die Mitbewerberverbände bei bloßer Gefährdung der Interessen eines Mitglieds klageberechtigt, die Konsumentenver-



verhindern, wie sie in der Bundesrepublik Deutschland nach 1965 vorgekommen sind (Stichwort: Verein zur Wahrung anwaltlicher Gebühreninteressen) beschränkt das Gesetz in Art. 10 Abs. 2 lit. b die Legitimation zur Konsumentenverbandsklage auf Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäß dem Konsumentenschutz widmen.

#### V. Ausverkaufsrecht

Der Regierungsentwurf hielt an der Bewilligungspflicht für Total- und Teilausverkäufe fest, stellte die Sonderverkäufe dagegen vorbehaltlich der Art. 1 - 3 UWG frei. Zur Begründung wurde auf die auch hierzulande bestens bekannten Vollzugsprobleme hingewiesen, wobei der Umstand, daß die Anwendung der AO bei den kantonalen und kommunalen Behörden liegt, zu uneinheitlicher Rechtsanwendung geführt habe<sup>74)</sup>. Dem Gewerbe nahestehende Abgeordnete machten in beiden Kammern mit Erfolg geltend, ein Verzicht auf die Bewilli-

bände hingegen nur bei Schädigung (Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 2a UWG). Art. 31<sup>sexies</sup> BV derogierte dieser Regelung im Jahre 1981 insofern, als die Konsumentenverbände nunmehr ebenfalls bei bloßer Gefährdung der Interessen eines Mitglieds klagen konnten.

74) Botschaft mit Entwurf (Anm. 4), 42.

gungspflicht bei Sonderverkäufen würde zu einer Existenzgefährdung von Kleinbetrieben führen<sup>75)</sup>.

Damit bleibt es in materieller Hinsicht im wesentlichen beim bisherigen Rechtszustand. Die praktische Bedeutung der Art. 21 und 22 UWG dürfte freilich gering bleiben, zumal Verletzungen neu nur noch im Übertretungsstrafrecht angesiedelt sind (Art. 25 UWG). Man wird den Eindruck nicht los, daß hier versucht worden ist, dem wegen seiner Niederlage an der Lockvogelfront verstimmten Gewerbe ein Trostpflaster zu verpassen. Zwar sieht der Entwurf des EVD zu einer neuen Ausverkaufsverordnung die Verlegung des möglichen Sonderverkaufsbeginns auf den 27. Dezember und den 15. Juni vor, um illegale Vorverkäufe zu verhindern<sup>76)</sup>. Aber selbst wenn diese Neuerung das Vernehmlassungsverfahren überstehen sollte, so wären damit die Probleme des uneinheitlichen Vollzugs nicht gelöst.

## VI. Schluß

Gesamthaft gesehen hinterläßt das neue schweizerische UWG bei seinem Inkrafttreten, d. h. als

75) Vgl. anstelle mehrerer Lüchinger, Amtl. Sten. Bull. NR 1985, 855.

76) Art. 22 Entwurf zu einer Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen.

law in the books, einen etwas zwiespältigen Eindruck. Das liegt vor allem an den Wertungswidersprüchen, welche bei historischer Betrachtung zwischen Zweckartikel und Generalklausel einerseits und wichtigen Verbotstatbeständen und Anspruchsordnung andererseits aufscheinen. Das Parlament hat den Zweckartikel und die Generalklausel, welche nach dem Willen der Gesetzesverfasser streng der funktionalen Zielsetzung verpflichtet sind, unverändert belassen. Hingegen war seine Mehrheit nicht bereit, diesen Ansatz etwa beim psychischen Zwang, beim AGB-Problem oder bei der Bundesklage konsequent fruchtbar zu machen. Das ist bedauerlich.

Immerhin ist nicht zu übersehen, daß die Verbotstatbestände zumindest teilweise ebenfalls funktionalen Gehalt aufweisen. Die Gerichte sind damit aufgerufen, das UWG wenn immer möglich so auszulegen und anzuwenden, daß die guten Ergebnisse, welche von einem System funktionierenden Wettbewerbs erwartet werden dürfen, sich auch einstellen. Nur so wird es möglich sein, dem schweizerischen Lauterkeitsgesetz in action einen vorderen Rang in der europäischen Rechtsentwicklung zu sichern.